

Indexación y Derecho

Grupo de Investigación de Thémis*

1. INTRODUCCION

La constante pérdida del poder adquisitivo de nuestra moneda (depreciación) debido al proceso inflacionario que actualmente soportamos, produce una serie de consecuencias jurídicas, algunas de las cuales trataremos en este trabajo.

En los contratos de cumplimiento diferido, en los que una parte está obligada a entregar una determinada suma de dinero dentro de un plazo determinado, la inflación produce una disminución del valor de dicha prestación conduciendo finalmente a una desproporción entre las prestaciones surgidas del contrato.

Algo similar ocurre en los casos en que acudimos al Poder Judicial reclamando cierta cantidad de dinero, en calidad de, por ejemplo, indemnización por responsabilidad extracontractual o por un incumplimiento contractual. Al pasar tres años, tiempo promedio de duración de un proceso, la sentencia de última instancia que ampare el derecho del demandante ordenará el pago de la suma señalada en la demanda, la que, aun aumentada con los intereses respectivos, no representará adecuadamente la pretensión del demandante.

En estos casos qué salida tiene el acreedor que recibe una contraprestación que no "vale igual" a la que se pactó al momento de celebrar el contrato o qué recursos posee la víctima de un daño que obtiene cierta suma de dinero como indemnización que no representa realmente el perjuicio que ha sufrido ?

En circunstancias como las señaladas podemos apreciar claramente que los efectos de la inflación no deben pasar inadvertidos para el Derecho. Nuestra disciplina, por el contrario, debe intentar regular las consecuencias de dicho fenómeno con el fin de que las partes no se

vean perjudicadas por un elemento que puede desproporcionar aquéllo a que estaban obligadas. El Derecho debe buscar, por tanto, que las partes obtengan del contrato lo que realmente deseaban y sobre lo que efectivamente se habían puesto de acuerdo. Ignorar la inflación haría imposible este objetivo.

Se han intentado aplicar una serie de instituciones del derecho civil al problema causado por la inflación en la relación contractual como por ejemplo: la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la imprevisión, la teoría del abuso del derecho, la teoría de la buena fe etc¹. Ninguna de ellas ha logrado dar una respuesta integral y coherente al problema.

La indexación de las sumas de dinero pactadas como prestación en los contratos, es decir la revalorización de las prestaciones pecuniarias, según una gran parte de la doctrina, aparece como el medio ideal para contrarrestar las desproporciones producidas por la inflación, por lo que su sustento jurídico, sus ventajas y desventajas serán materia de este estudio.

El presente trabajo analizará cómo se ha abordado el problema de la inflación en Argentina y Chile, países que han tenido una experiencia similar a la nuestra. Luego veremos qué regulación existe en nuestro ordenamiento al respecto, si éste es coherente con la realidad que atravesamos y qué reformas podrían realizarse.

No pretendemos agotar este interesante y complejo tema, sí esperamos propiciar una mayor preocupación y discusión al respecto puesto que, no se trata tan sólo de un asunto académico sino de algo que nos concierne a todos y que nos afecta diariamente.

*Integrado por José Alfredo Jiménez, Alberto Rebaza y Verónica Zavala.

1. Al respecto leer Cazeux, Pedro: " Panorama general del reajuste por depreciación monetaria en la doctrina y jurisprudencia" en Estudio de derecho Civil, Editorial Universidad Bs. As.

2. LA INDEXACION EN ARGENTINA²

Argentina llegó a la década de los setenta con un nominalismo legislativo similar al nuestro. Esta situación no guardaba relación con la situación inflacionaria que atravesaba dicho país. El valorismo hace su aparición no a través de normas legislativas, sino por medio de fallos judiciales.

2.1 Proceso Jurisprudencial

El Juez argentino entendió que su papel no se limitaba a resolver pretensiones insatisfechas o resistidas, sino que adicionalmente debía cumplir uno nuevo, el de ser "componedor económico". Este nuevo rol, el Juez lo cumpliría, repotenciando las obligaciones dinerarias o recomponiendo las bases del contrato para equilibrar el desfase entre las prestaciones.

De esta manera, el juez emite su fallo sobre la base de un contrato que tiene cumplimiento diferido y cuya moneda de referencia sufre una constante pérdida de poder adquisitivo. Se entendió que el Juez no puede ser un fugitivo de la realidad, debiendo aplicar las normas en consonancia con la situación inflacionaria caracterizada por sucesivas oscilaciones. "De esta manera se aplica un realismo económico que también es realismo jurídico" como sostiene Morello.

En un primer momento, se permitió la indexación únicamente para el caso de las obligaciones dinerarias incumplidas, es decir, cuando el deudor de una obligación incurría en mora. La indexación por tanto era consecuencia de la responsabilidad civil del deudor, quien al incumplir con su prestación ocasionaba un daño a la contraparte, en la medida en que la inflación producía una disminución de dicha prestación.

Luego de sentencias de este tipo, muchos juristas y sobre todo magistrados advirtieron que el problema de la moneda es independiente al de la mora del deudor.

Después de un largo proceso se ha entendido la influencia de lo económico y de lo monetario en lo jurídico. Muchos consideran, entre ellos Hirsberg, que las respuestas al problema de la indexación no se encuentran exclusivamente en el Derecho Civil sino sobre todo en el Derecho Monetario.

El problema se estructura de la siguiente

2. La información sobre Argentina fue tomada de Morello, Mario: "Dinámica del Derecho Contractual".

manera: la moneda pierde su poder adquisitivo a causa de la inflación y sobre esta depreciación opera la corrección, es decir, la indexación. Esto no lo explica ni la teoría de daños ni la responsabilidad civil, ya que el problema no se encuentra en la relación obligacional, sino en el objeto mismo de la prestación.

La depreciación de la moneda, al no incidir en la relación obligacional sino en el objeto mismo de la prestación, no encuentra explicación alguna en la teoría de daños o en la de responsabilidad civil.

En ese sentido es que la Cámara Comercial de la Capital Federal ha señalado que debe admitirse la recomposición de los créditos pecuniarios, aun en los casos en que no medie mora del deudor. Ello, en virtud de que la actualización de las obligaciones encuentra su causalidad en la depreciación del signo monetario y no en la responsabilidad del deudor.

Esto se entendió como coherente puesto que la indexación del capital no constituye un enriquecimiento del mismo, sino que, es su misma expresión en términos monetarios corregidos para ajustarlos a la realidad de los valores del tiempo de pago.

El avance jurisprudencial ha permitido, incluso, indexaciones de obligaciones que no pudieron ser cumplidas a causa de la mora del acreedor: se ha entendido que aun mediando dicha mora, es posible repotenciar el precio en un contrato conmutativo, si ese precio ha perdido el sentido de equivalencia o de justicia de cambio. Esto se sustentó en teorías que se remontan a los principios generales del Derecho, tales como la buena fe, el abuso del derecho y, adicionalmente, el ejercicio antifuncional del derecho.

2.2 Aportes Procesales

En cuanto al proceso judicial en sí, los tribunales argentinos han llegado a una serie de previsiones que merecen ser destacadas:

- Así como procede el reajuste de las prestaciones, a causa del fenómeno inflacionario, también procede el reajuste de los montos señalados en la sentencia, al estimarse que el mismo no consiste en una alteración de la cosa juzgada, sino todo lo contrario, ya que mantiene los valores monetarios intrínsecos de la condena, sin modificar los valores subjetivos y objetivos de la cosa juzgada.

- La depreciación monetaria no tiene que ser probada, pues constituye un hecho notorio.

- En cuanto a la movilidad de la cuantía, pueden utilizarse uno o varios índices que midan la inflación, los que incluso pueden ser pactados por las partes. Ello permitirá que sea comprobable la manera como el juez repotencia las obligaciones. Inclusive pueden preferirse determinados índices dependiendo de la jurisdicción territorial o de la naturaleza de las prestaciones.

- El pedido de actualización por depreciación puede pedirse en cualquier estado del proceso, siempre que no se impida a la otra parte el derecho de contradicción.

- Como el reajuste debe realizarse en el tiempo más cercano al pago, se ha llegado a crear las "sentencias abiertas" en las que se condena a una prestación cuantificada en tiempo ulterior. Esto se debe a que muchas veces el tiempo que transcurre entre sentencia y ejecución, permite que la inflación deprecie la suma condenada sin que haya posibilidad de que los intereses bancarios puedan reajustarla debidamente.

- No debe entenderse al reajuste como operación puramente matemática, sino que debe tomarse en cuenta la capacidad del obligado, de modo tal que la repotenciación no signifique un sacrificio adicional. Debe pues buscarse una solución de equidad. Evidentemente esta prudencia de los jueces no los exime de un requisito básico de los fallos que es la fundamentación.

2.3 Balance de la experiencia previa

La indexación en Argentina, luego de un largo periodo de implementación ha mostrado las siguientes ventajas y desventajas:

Ventajas:

a) Contribuye al sinceramiento de la economía.

b) Ha impedido una excesiva transferencia a los deudores en perjuicio de los acreedores.

c) El "mantenimiento" (por vía del ajuste) del poder adquisitivo de la moneda ha permitido la recuperación del nivel de ahorro monetario y del sistema financiero.

d) Ha mejorado la estructura presupuestal: recaudaciones y repotenciación de créditos.

e) Ha obligado a una mayor cautela en el endeudamiento.

f) Elimina expectativas inflacionarias.

Desventajas:

Perjudica a los sectores con ingresos fijos y a las empresas que sufren una creciente disminución en su actividad, debido a la recesión, y al aumento de sus costos internos.

3. EL CASO CHILENO³

En Chile se ha tratado el problema inflacionario en tres campos diferentes del Derecho: la legislación, la jurisprudencia y los contratos privados.

3.1 Legislación

El proceso inflacionario chileno se inició en el último tercio del siglo XIX pero no es sino hasta la década del 50 en que se empieza a considerar seriamente el problema jurídico que traía como consecuencia. Esto se dio a través de Jornadas, convocadas para tal fin, y de legislación considerada como excepcional, que regulaba los préstamos en dinero para adquirir viviendas económicas de interés social o para cierto tipo de inversiones (industrial, agrícola, ganadera etc.).

La idea era que la restitución del dinero a cabo de algunos años se haría revalorizando la deuda, de modo que el acreedor no se vea perjudicado. Para sustentar esta solución se introdujeron conceptos de interés público y orden público económico.

Posteriormente, en 1974, se promulga el Decreto ley 455 que sigue una tendencia similar a las leyes de carácter excepcional, señalando, por primera vez, normas generales sobre revalorización, como por ejemplo una sobre reajustes en los títulos de crédito.

3.2 Jurisprudencia

La evolución de estas figuras en el campo jurisprudencial se produce, al igual que en el punto anterior, de manera paulatina y progresiva.

3. La información sobre Chile ha sido tomada de Fuyo, Fernando: "Reflexiones sobre la corrección monetaria y pago legal" en Estudios de Derecho Civil. Editorial Universidad Bs.As.

La primera sentencia en la que se revaloriza las prestaciones a las que estaba obligado una parte, es una dictada por el Juez Ramón Briones en el Primer Juzgado de Mayor Cuantía de Santiago de Chile, quien ordenó la revalorización de la pensión alimenticia que correspondía como indemnización a los deudos de un jefe de hogar muerto al ser arrollado por un tren. La pensión original que al momento de la demanda cumplía su finalidad, con el transcurso de los años había perdido absolutamente su poder adquisitivo.

La sentencia se fundó en la existencia de una laguna del Derecho que debía ser suplida por los principios de equidad, así como en la notoriedad del suceso económico inflacionario, en la finalidad de la sentencia condenatoria, en la inocencia respecto a él de los acreedores de la pensión y en el enriquecimiento injusto que por tal motivo operaba en el deudor.

No obstante dicha fundamentación, las instancias superiores no ampararon la sentencia del Juez Briones, asilándose en la excepción de cosa juzgada. El Tribunal Supremo agregó que no habían más fuentes de las obligaciones que las dispuestas en el art. 1437 del C.C. (que hacía una enumeración de *numerus clausus*), por lo que una corrección monetaria debía descartarse.

Poco después, la Corte Suprema reconociendo un incuestionable proceso inflacionario y en base a un criterio elemental de justicia, según los considerandos, fue variando su interpretación acogiéndose actualmente a la tesis valorista de manera plena.

Sin embargo, para Fuello la jurisprudencia chilena no debe quedarse en aceptar la revalorización en cada juicio por separado, sino que debe llegar a establecer un principio general aplicable a la corrección monetaria.

3.3 Contratos Privados

En relación al campo privado, en Chile se han ido agregando gradualmente en los contratos las denominadas cláusulas de "estabilización" o de "revalorización", que son fijadas sobre las bases de predeterminados índices⁴.

Al igual que en nuestro Código Civil, según veremos más adelante, la legislación chilena ha

4. Los índices de revalorización más usados en Chile fueron: el salario mínimo, el sueldo vital, el costo del metro cuadrado de construcción y el índice de precios al consumidor. También se usaron algunos otros más específicos, así como la combinación de varios de los mencionados.

permitido este pacto que se apoya de manera incuestionable en el principio según el cual el contrato es ley entre las partes. Sin embargo, es de notar que este tipo de previsión ha llevado también al efecto contrario, es decir, un exorbitante resultado negativo en perjuicio del deudor, que puede resultar de aplicarse rigurosamente estos pactos accesorios. No debe olvidarse que al momento de la celebración del contrato (especialmente en los contratos de mutuo o similares), el deudor es la parte más débil, por lo que podría aceptar un índice de revaluación leonino, impuesto por un acreedor inescrupuloso.

4. EL CASO PERUANO

El tema de la indexación está estrechamente vinculado al de las teorías nominalistas y valoristas con respecto a las obligaciones, puesto que, si se opta por la primera, la indexación estaría prácticamente descartada, en cambio sí se permitiría la revalorización de las prestaciones si la legislación acogiese la teoría valorista. En virtud de lo anterior pasaremos a reseñar lo más saltante con respecto a ambas teorías y cuál fue la solución que dio nuestro C.C.

4.1 La Tesis Nominalista

Nuestra legislación civil, como la mayoría de las latinoamericanas, ha consagrado en el artículo 1234 del C.C. la teoría nominalista. Ello implica una negación al hecho cotidiano de la inflación, impidiendo tanto la posibilidad de la indexación como la de revalorizar las deudas contraídas en monedancional.

La tesis nominalista se inspira, a decir del legislador en "el ideal de que la moneda nacional mantenga su valor incólume, ideal profundamente arraigado en la conciencia colectiva"⁵ y consiste en que el deudor se obliga a entregar un número determinado de unidades monetarias, cuyo poder adquisitivo es irrelevante respecto de la obligación contraída. Es decir, si se ha pactado un pago de 100 unidades monetarias, el deudor se libera mediante el pago de éstas; la deuda pecuniaria por tanto es tratada como si fuera una obligación genérica y no como deuda de valor.

Sin embargo, el dinero surge para medir el valor de unas obligaciones con respecto a otra. Así Savigny consideró a la moneda como poder adquisitivo abstracto. En otras palabras, la moneda no tiene más valor que aquél que ella consigue imponer.

5. Osterling, Felipe: "Las Obligaciones".

La tesis nominalista sostiene que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma. Esta posición, según dicha tesis⁶, se desprende de las disposiciones del curso forzoso y del curso legal, disposiciones que en nuestro país están sancionadas por el BCR. Consideramos esto un error, en todo caso el curso forzoso de la moneda refuerza su aceptación en el territorio nacional, en tanto que la ley del curso legal autoriza al BCR a no reembolsar el valor de la moneda en oro.

Es posible que la teoría nominalista encuentre algún sustento cuando la moneda estaba referida a un patrón oro, de cualquier modo, de acuerdo a las características de nuestra actual emisión monetaria este sustento resulta inconsistente. Es importante destacar que adherirse a una tesis nominalista o valorista en épocas de estabilidad monetaria es prácticamente irrelevante. En coyunturas de inflación cero esas dos visiones convergen en un mismo resultado. Por ejemplo si A le vende a B 100 unidades monetarias que tienen el poder adquisitivo suficiente para comprar dos canastas de productos, es irrelevante al momento del pago discutir si A le debe a B el valor de las dos canastas o si simplemente le debe 100 unidades monetarias.

Sin embargo, el Dr. Felipe Osterling señala que "no conviene adoptar como norma permanente y general una regla destinada a confrontar situaciones que idealmente deben ser excepcionales. Por principio corresponde la tesis nominalista admitiendo por excepción el pacto valorista".

Debe recordarse que la situación excepcional a que se alude va durando más de 15 años y al momento de promulgarse el Código la inflación anual ya superaba el 100%, por ello es que la tesis nominalista no debió plasmarse como principio general, pues significa atar de manos a los jueces y permitir evidentes injusticias.

No hemos afrontado el reto de legislar correctamente para épocas de grandes o pequeñas inflaciones, se ha legislado para un mundo ideal en el que no vivimos desde hace muchos años, negándonos a aceptar la realidad inflacionaria de nuestro país.

4.2 El Pacto Valorista

No obstante lo dicho, el mismo C.C. en su artículo 1235 admite al pacto valorista en que el deudor se libera mediante el pago de un número de unidades monetarias que tengan un poder adquisiti-

vo equivalente al de aquél que se convino originalmente, es decir mantiene el monto de la deuda en "valores constantes".

En el caso del art. 1235, el legislador ha dado esta prerrogativa únicamente a los contratantes, sembrando en nombre de una seguridad (seguridad que consiste en saber al momento de obligarse el quantum de dicha obligación) una gran injusticia, porque a falta de pacto los jueces tendrán que guiarse por el principio nominalista. Esto se ha hecho sin buscar un medio adecuado que logre la seguridad jurídica junto con la justicia que en este caso es recibir aquello que realmente se pactó.

Por otro lado, al relegar al principio valorista solamente a los acuerdos contractuales se está dejando de lado aquellos casos de responsabilidad extracontractual, en que el deudor de la indemnización se ve favorecido por el envilecimiento diario de la moneda, moneda que fue utilizada para cuantificar el daño al momento de interponer la demanda. En estos casos instituciones del derecho civil tales como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, etc.; no son aplicables.

Es en estos casos en que el Juez se encuentra en la disyuntiva de ignorar el derecho en nombre de la justicia o de ignorar la justicia en nombre del derecho.

Países como Argentina y Chile que han convivido con una inflación similar optaron por la justicia, pues su sistema jurisprudencial así se lo permitía. En nuestro país es prácticamente imposible puesto que, si un juez no aplica la ley pertinente, en este caso el art. 1234, caería en prevaricato.

Por ello consideramos que la solución debe provenir de la legislación y en ésta se acepta el principio valorista.

No creemos que sea necesario que se cometan injusticias como las que se dieron en Chile y Argentina en el periodo de transición del nominalismo al valorismo judicial, cuando sobre controversias similares se emitían sentencias opuestas.

Sin embargo, somos conscientes de los perjuicios que podrían sufrir en ciertos casos los deudores de una prestación cuando vean que dicha prestación es revalorizada, por lo que no podemos dejar de lado las enseñanzas de la jurisprudencia; especialmente la argentina, la cual indexó cuidándose de no causar un sacrificio excesivo al deudor.

6. Osterling, Felipe op. cit.